

SENADO

SECRETARIA

SECRETARIA DE COMISIONES

XLIIa. LEGISLATURA

Primer Período

CARPETA Nº 167 de 1985

COMISION DE CONSTITUCION Y LEGISLACION

DISTRIBUIDO Nº 157 de 1985

REFERENCIAS

Junio de 1985

LIBERTAD FISICA DEL PROCESADO

Se establecen limitaciones

VERSION TAQUIGRAFICA DE LA SESION DE LA COMISION DEL DIA 28 DE MAYO DE 1985 (SIN CORREGIR)

PRESIDENTE: Señor Senador Américo Ricaldoni

MIEMBROS: Señores Senadores Gonzalo Aguirre, Hugo Batalla, Pedro W. Cersósimo, Dardo Ortiz y Uruguay Tourné

INVITADOS ESPECIALES: Doctores Luis A. Viera, Amadeo Otatti, Alejandro Abal, Milton Cairoli y Edgar Varela Méndez

———

SEÑOR PRESIDENTE.- Habiéndo número está abierta la sesión.

(Es la hora 14 y 38 minutos)

En primer lugar, deseamos dar la bienvenida a nuestros invitados y agradecerles que hayan concurrido.

El tema que trataremos no preocupa mucho y pensamos que los doctores podrán ilustrarnos ya que no nos resulta fácil tomar una posición con carácter previo a la elevación de un proyecto de la Comisión a la Cámara de Senadores.

SEÑOR ORTIZ.- En realidad, tenemos a estudio dos proyectos, pero creo que a la Comisión le interesa más escuchar vuestra opinión sobre el tema en general que sobre los proyectos pues ellos son, precisamente, la concreción del tema. Es decir que no deben limitar sus comentarios a los textos que tenemos a consideración, sino que agradeceremos que se explayen todo lo posible.

Como los doctores ya habrán visto, uno de los proyectos plantea una solución concreta para un caso preciso; el otro es más completo e introduce modificaciones al Código de Proceso Penal. Aunque versan sobre un mismo aspecto, están encarados de forma completamente distinta.

SEÑOR CAIROLI.- Los dos proyectos plantean una solución de fondo que debo decir que me convence y me interesa. Con ellos, de acuerdo a los nuevos cánones de la política criminal en el mundo, el Uruguay realizaría una adaptación a la realidad social, lo que necesita desde hace muchos años en lo que tiene que ver con la materia penal y las leyes de procedimiento. En la actualidad, los países avanzados que aplican el derecho penal liberal están manejando estos institutos desde hace tiempo. Me atrevería a decir que los proyectos, en algunas situaciones, se han quedado cortos.

Voy a referirme a algunos hechos que actualmente ocurren en el país y que me parecen patéticos. Uno de ellos es el caso del violador de una menor de quince años, que actuó con consentimiento o por invitación de ella; quizás esa menor cumpla quince años al día siguiente o a la semana, pero la Ley de 1934, en el numeral 1) de su artículo 272, la declara como una persona incapaz de prestar su consentimiento y, por lo tanto, desde ese momento se presume la violencia o amenaza del violador y aunque la menor haya consentido o hecho la invitación, el individuo va preso por dos años o más sin tener derecho a la libertad provisional.

Otro caso de violación es el que desde años ocurre en nues-

tra campaña, donde una familia espera que su hija llegue a la pubertad para juntarla con alguna persona de la zona que posea bienes. Se trata de un concubinato y, en cierto sentido, toda la familia está siendo técnicamente cómplice del delito de violación.

Otro de los problemas que se plantea es el del varón de catorce años que conquista a la doméstica de su casa, yendo ésta presa por violación porque el individuo es menor de quince años. El límite de quince años fue impuesto por la Ley. En Derecho Penal no puede admitirse o sostenerse presunciones absolutas; éstas deben ser relativas.

No deseo continuar refiriéndome a los casos de violación, pues este tema ha sido exhaustivamente examinado por otros colegas en un simposio realizado hace dos años en la Facultad, precisamente a raíz de aquellas trasnochadas opiniones de quienes los precedieron en la utilización de esta Casa, que decían que a los autores de violación debía penárseles con la muerte o hasta castrarlos.

Deseo referirme a otro aspecto que creo que este proyecto podrá incluir. Se trata de los delitos que no son excarcelables, como por ejemplo la rapiña, que está castigada con cuatro -como mínimo- a dieciséis -máximo- años de penitenciaría. En mis largos años de actuación como Juez de Instrucción, en una ocasión he debido procesar a un individuo que cometió una rapiña a un expendio municipal de La Teja, hurtando dos botellas de leche y dos panes --se presentó con un revólver, aunque éste no funcionaba-- para darle de comer a sus hijos. Ese individuo tuvo una pena de cuatro años de penitenciaría y no podía ser excarcelado. Sin embargo, una persona que mata a otra puede tener hasta doce años de penitenciaría y el delito puede ser excarcelable. Es decir que en nuestro país es más barato matar a alguien que cometer una rapiña. Esto proviene del desmedido afán de nuestros legisladores de 1934, el doctor Irureta Goyena, de proteger más la propiedad que la vida; la vida se protege más cuando existe un agravante muy especial.

Deseo pedir disculpas a la Comisión si es que me estoy excediendo en mis comentarios acerca de lo que establece el proyecto.

SEÑOR CERSOSIMO.- Debo expresar que fui quien nombró la Comisión que en el año 1969 redactó las reformas al Código Penal. Dicha Comisión fue presidida por el doctor Gamarra e integrada por la doctora Reta y varios catedráticos de Derecho Penal. Precisamente allí fue considerada la posibilidad de agravar la penalidad del delito de rapiña.

jes

De manera que el límite mínimo de cuatro años y máximo de dieciséis, con algunas agravantes, hacen que ese ilícito tenga, inclusive, una penalidad mayor. Esto fue especialmente considerado y establecido a través del resultado que emitió la Comisión presidida por el doctor Gamarra y que posteriormente se constituyera en Derecho Positivo en julio del año 1972, cuando se dictó la ley correspondiente, y que luego se introdujera como modificación al Código Penal.

Quería hacer esta reflexión porque considero que hay que situar los hechos en su verdadera dimensión. Sin perjuicio de ello, naturalmente, no voy a polemizar con el doctor Cairoli, por razones obvias.

SEÑOR CAIROLI.- Ese aspecto lo iba a tratar ya que continuaré explicando mi exposición.

No es que admita que la rapiña no debe ser castigada con severidad. Este es un delito grave y debe ser penado como tal. Sin embargo, creo que tendríamos que buscar una fórmula de escape para este tipo de delito, así como también para la violación. No quiero decir que ambos no sean delitos graves. Inclusive, el delito de violación es infamante. Reitero que debemos buscar una fórmula de escape y en ese sentido, desde mi punto de vista, este proyecto es bienvenido.

En lo que tiene que ver con el procesamiento del delito de rapiña, la Ley Nª 14.068 es la que aumenta la pena en un tercio más, o sea, pasa a ser de cinco años y cuatro meses, cuando se dan los agravantes para el hurto.

Pienso que en algunos casos se podría, por razones de política criminal, favorecer a éstas personas en el sentido de que obtengan este beneficio que siempre se les había negado. En lo demás, me parece que el proyecto es compartible, aunque no así con respecto a su forma. No tengo nada que decir con respecto al proyecto presentado por el señor senador Ortiz, pero en relación al de la bancada de la mayoría del Partido Nacional --que es el más largo-- tendría que realizar muchas modificaciones con respecto a su forma.

No quiero extenderme más en el uso de la palabra ya que lo haré posteriormente cuando se trate la discusión particular de cada uno de los artículos.

Desde ya agradezco a esta Comisión el haberme permitido vol

jes

car mi opinión y ahora cedo la palabra a mis compañeros.

SEÑOR OTATTI.- En primer lugar quiero agradecer la invitación que se me ha hecho y, en lo personal, me honra poder hacer sentir mi opinión con respecto a estos dos proyectos. Además, me apresuro a decir que comparto íntegramente la filosofía de ambos en cuanto a su objeto ya que pretenden poner fin a una práctica viciosa e incorrecta en la que venimos incurriendo, voluntaria o involuntariamente, algunos o todos de los que estamos inmersos en la materia penal, tanto los Magistrados como los representantes del Ministerio Público, en su calidad de abogados defensores.

De todas maneras, deseo hacer algunas puntualizaciones de carácter general, para luego, en el momento oportuno, llegar al análisis particularizado de estos dos proyectos.

En general, los dos proyectos responden a un estado de cosas al que se hace referencia perfectamente tanto en la exposición de motivos del proyecto presentado por el señor senador Ortiz como en la de la bancada de la mayoría del Partido Nacional. En efecto, en ambos se señala a la prisión preventiva del encausado como una inmediata consecuencia del procesamiento decretado, que se ha transformado-más allá de las justificaciones que se han pretendido hacer, desde el punto de vista doctrinario- en un verdadero adelanto de pena que eventualmente pudede recaer en el inculpado, y a esa realidad nos hemos adaptado un poco por comodidad, costumbre o rutina, todos los protagonistas de la vida penal, o sea, los Jueces y los representantes del Ministerio Público.

SEÑOR BATALLA.- Quisiera hacer una pequeña aclaración.

Cuando examinamos el proyecto relativo al régimen excepcional de libertad anticipada o provisional, entre las cifras que manejamos nos encontramos con que más de las dos terceras partes de las personas privadas de libertad, eran procesadas y no penadas. Es decir que prácticamente lo que debe ser un régimen excepcional con respecto al que está recluido sin condena, se transformó en un procedimiento normal de tal forma, que la mayor parte de los presos, estaban en esas condiciones aunque todavía primaba la presunción de inocencia.

SEÑOR OTATTI.- He traído esta exposición por escrito con el fin de poder expresar exactamente lo que deseo.

Cuando digo rutina o costumbre me refiero a que estas cosas

jes

suceden normalmente y bien lo podrá decir el señor senador Batalla, quien ejerce la profesión en materia penal con mucha distinción. Simplemente me he referido a que la prisión preventiva es muy extensa.

Reitero --con una experiencia de casi quince años de actividad profesional, ejercida exclusivamente en materia penal-- que la privación de libertad post procesamiento, a la que se ha dado en llamar "preventiva", más que esas pretextadas finalidades de prevención que tradicionalmente se invocan --como por ejemplo, la de impedir que se frustre la posibilidad de cumplir la pena, por fuga u ocultación del encausado, o que el encausado, en libertad, conspire contra la actividad instructoria del Juzgado, o bien las de intimidación de éste y de ejemplo para terceros--, constituye --como muy bien lo señalaba el doctor Gamarra-- un adelanto de la pena y que, como tal --como hacía referencia el señor senador Batalla-- se estaría aplicando a alguien del que aún no se sabe a ciencia cierta --porque, justamente, eso es lo que deberá dilucidarse a partir del momento del procesamiento-- si será efectivamente culpable y por ende responsable penalmente del delito por el que se le ha procesado.

Afirmado esto, sobre lo que presumo que todos los aquí presentes estamos de acuerdo, resulta menester hacer una aproximación en el sentido de cuál nos parecería podría ser la mejor solución para evitar que tal situación, a todas luces injusta e incorrecta, se reitere en el futuro y a dónde deber ser dirigidas nuestras miras.

Como los señores senadores bien saben, el problema no es nuevo, porque lo relativo a la abolición de la llamada "prisión preventiva" ya ha sacudido a quienes, de un modo u otro, sea desde la cátedra, desde el ejercicio profesional o aun desde la actividad periodística, se han interesado por el tema.

Debo recordar al ilustrado ex Fiscal del Crimen, doctor Antonio Camaño Rosa, y destacado publicista, que ha publicado varios trabajos excelentes en materia penal. Inclusive, en una revista de Criminología, pocos días después de haber sido sancionada la Ley Nª 12.688 en el año 1959, que consagró el instituto de la "Prevención sin prisión" -que es el mismo tema que hoy nos convoca-, colmaba la preocupación trasuntada por varios proyectos de ley que fueran presentados con anterioridad, entre ellos uno del año 1949, cn cuya elaboración participó el propio doctor Camaño Rosa, y trae a colación el impacto que en su oportunidad había producido en la sociedad montevideana en el año 1957 el estreno

jes

de la famosa obra teatral del doctor Patrón, "Procesado 1.040", y que se volviera a representar en los últimos días. Naturalmente, no la conocía. Inclusive, recuerdo que cuando estudiaba el tema en el año 1957 esta obra se tomó como base de una explicación clara de lo que no se debía hacer y de lo que se debía corregir. Cuando hablaba del tratamiento periodístico de este tema es porque -y lo confieso- recuerdo que desde mis épocas de estudiante, con respecto a la sanción de esa Ley de 1959, se planteó algún problema de constitucionalidad, sobre el que creo bien valdría la pena detenerse.

He buscado en el material que sobre el tema penal he ido coleccionando a lo largo de los años y he encontrado una revista de criminología en la que aparece la reproducción de varios artículos periodísticos, uno de los cuales fue publicado en el diario "El Plata", pocos días después de sancionada la Ley de Prevención sin Prisión. Aparecen también algunas contestaciones que se dieron a través de la prensa a las que, si los señores senadores me lo permiten, voy a pasar a dar lectura.

En el ejemplar del diario "El Plata" del 13 de enero de 1960 -dos semanas después de la sanción de la ley- se insinuaba el tema diciendo: problema, que luego se desarrollaría extensamente en una editorial posterior, diciendo: "En el régimen vigente, de acuerdo con la Constitución, primero hay que reducir a prisión al procesado y, después, si se viera que no se le ha de imponer pena de penitenciaría, es decir, de más de dos años de reclusión, se le puede poner en libertad, mientras que, con la nueva ley, se le empieza por no encarcelar..."

Pero, once días después, en las mismas páginas del diario "El Plata", se incluía un editorial -en el que creo advertir, (y le pido al señor senador Aguirre que me corrija si estoy equivocado), la brillante pluma del doctor Juan Andrés Ramírez en el que, sin perjuicio de reiterarse los elogios por la iniciativa sancionada, se señalaba lo siguiente: "Estas razones -las anteriormente explicadas en el mismo editorial y en el anterior- nos han hecho apoyar la reforma caracterizada por las palabras 'procesamiento sin prisión', pero un estudio más atento del artículo 27 de la Constitución, efectuado después de la reforma, nos hace, por lo menos, dudar de que sea conciliable con él". Debo aclarar que el texto del artículo 27 no ha cambiado. Y continúa diciendo: "Dicho precepto dice así: "En cualquier estado de una causa criminal de que no haya de resultar pena de penitenciaría, los Jueces podrán poner al acusado en libertad, dando fianza según la ley". Y, agrega el editorialista: "Parecería que para la Constitución en forma implícita, todo procesamiento debe ir acompañado, nece-

jes

sariamente, de la prisión del imputado y para hallar una salida a los casos en que tal régimen puede significar un exceso de rigor, es que admite el instituto de la libertad provisional, siempre que se prevea que la pena definitiva, no pase de dos años de cárcel y se preste fianza. De otra manera, el precepto constitucional no tendría sentido o estaría de más. Si no quisiera decir, como creemos que dice, que el procesamiento implica prisión, de manera ineludible, y que para dulcificar el principio no se admite la libertad provisional, sino que en los casos en que, habiendo, según la ley ordinaria, prisión preventiva, se puede ir a una excarcelación provisoria, estaría claramente de más. Porque, si la ley ordinaria puede establecer cuándo corresponde y cuándo no la prisión del procesado, ella está habilitada, también racionalmente, para fijar la procedencia y las condiciones de la libertad provisional, sin necesidad de venia del Constituyente. Dejamos planteado el tema, para que los especialistas en la materia digan si, a la luz de aquel precepto constitucional fue posible la reforma procesal a que nos referimos".

Digamos, para completar este panorama, que esa posición, expuesta en las páginas del "El Plata", fue rebatida, casi inmediatamente por dos editoriales publicados dos o tres días después en "El Bien Público", uno, y en "El País", el otro.

Decía el editorialista de "El Bien Público": "El colega" -se refiere al editorialista del diario "El Plata"- "parece entender que el texto constitucional, en forma implícita, supone que todo procesamiento debe ir acompañado necesariamente de la prisión del imputado y que admite la libertad provisional como una salida para tal rigorismo, de donde le surge la duda de que la ley sea conciliable con la Constitución.

Aunque estamos lejos nosotros de ser los especialistas a quienes se remite, trataremos de disipar sus cavilaciones.

En primer lugar, digamos que el caso no es nuevo. La Ley de 12 de setiembre de 1916 dice, en el artículo 1ª que 'en las causas por delito contra el honor y la tranquilidad privada no se decretará nunca la prisión preventiva del inculpado...' Hay prevención sin prisión en los delitos de imprenta (Ley 9.480, de 28 de junio de 1935) y en los delitos de difamación e injurias en juicio. La excarcelación es preceptiva en materia de accidentes ferroviarios no dolosos (Ley de 30 de marzo de 1883). No recordamos que ninguna de estas leyes hayan planteado nunca iguales problemas de incompatibilidad o inconstitucionalidad. En segundo lugar, no conocemos ninguna disposición que obligue preceptivamente al Juez a

jes

decretar la prisión preventiva y entendemos que ni aun en el caso de existir "infraganti delito'... Sería pues el texto constitucional el único que de modo tan poco técnico dijera tal cosa y no parece aceptable esta tesis.

A nuestro modo de ver la norma constitucional, que completa una serie de artículos que se refieren a garantías en el juicio penal, tiene otro sentido y no está de más. Lo que el Constituyente ha querido es, precisamente que la ley ordinaria no pueda olvidar nunca este instituto de amparo, para los casos en que el Juez, en uso de sus facultades, ha ordenado la prisión preventiva, y a fin de que siempre, el que está sometido a ella, pueda pedir su libertad, completándose así, aunque en forma todavía deficiente, el otro instituto del "habeas corpus". No sería pues el reconocimiento de una prisión obligatoria, sino al revés, de que debe no serla, en los casos en que se sabe que no habrá pena de penitenciaría.

Dicho lo cual no obsta, a que también nos remitamos a especialistas.

Confieso que no domino el tema en materia constitucional y, por lo tanto, no me siento capaz de pronunciarme en un sentido o en otro. Me pareció importante la mención que acabo de hacer, en virtud de que aquí está presente más de un notorio especialista en temas de Derecho Constitucional -por lo menos, el señor Senador Aguirre lo es, reconocidamente- y porque, además, en lo personal, desde mi época de estudiante, la lectura del artículo 27 de la Constitución -que sigue exactamente igual- me dejó siempre las mismas dudas interpretativas a que alude el editorial del diario "El Plata".

Toda vez que pueda legítimamente entenderse que los Jueces podrán poner al acusado en libertad en los casos en los que no haya de recaer pena de penitenciaría, el presupuesto lógico es que exista antes una privación de libertad, lo que daría a esa prisión preventiva -sin perjuicio de las críticas que sobre su naturaleza se han formulado, en las que participo en forma total y absoluta- un rango constitucional que, de más está decirlo, no podría alterar la ley.

Inclusive, somos de la opinión de que la preceptividad de la prisión preventiva se infiere también los artículos 15 y 16 de la Constitución, armónicamente considerados, como se sostuvo también en un dictamen del entonces Fiscal de Corte,-Berro Oribe. El artículo 15 de la Constitución dice así: "Na-

die puede ser preso sino infraganti delito o habiendo semi-plena prueba de él, por orden escrita de Juez competente".

Planteo el tema porque, aunque en nuestra Jurisprudencia y en nuestra doctrina nunca se ha planteado la posible inconstitucionalidad de la situación de 1959, convendría, por lo menos, aclarar el punto expresamente o dejar constancia en esta sesión de que el tema, en algún momento ha presentado algún tipo de dificultad desde ese punto de vista.

SEÑOR CERSOSIMO.- Pienso que el tema de si es inconstitucional o no, nos tiene que preocupar a todos.

He transmitido ya mi inquietud al doctor Ottatti, quien en varias ocasiones me ha asesorado sobre temas de los que no poseo un conocimiento cabal.

Se puede inferir del artículo 27 de la Constitución que para que haya libertad provisional es necesario que la prisión preventiva exista, de lo contrario el precepto no tiene sentido.

SEÑOR CAIROLI.- Para los casos en que tienen que ser encarcelados, pero no para todos.

SEÑOR CERSOSIMO.- Luego de la duda planteada leí algunos libros, y llegué a la conclusión de que puede disponerse perfectamente un proyecto de ley que establezca la no preceptividad de la prisión preventiva o la eliminación de la misma.

Lo que deseo saber es si esa opinión es unánime entre los señores profesores aquí presentes.

SEÑOR AGUIRRE.- Señor Presidente: ante las reiteradas alusiones que se han hecho a mis opiniones en materia de derecho constitucional, quiero hacer algunas referencias sobre el tema que él ha planteado y que nos preocupaba, ya que él no es solo de rango legal sino que hay normas constitucionales que inciden en su dilucidación. Ha referido a opiniones vertidas en el diario "El Plata" de los primeros días de 1960, que yo no recordaba, y presumía que fueron de la pluma de Juan Andrés Ramírez. De cualquier manera, si no fueran de él era lo mismo, ya que no se publicaba nada si antes no pasaba bajo su control.

Debo aclarar que esa opinión no es concluyente; plantea--

la duda pero no es una afirmación tajante en cuanto a la supuesta inconstitucionalidad de la ley de prevensión sin prisión que, por otra parte, ha sido reproducida en las tres hipótesis del artículo 71 del Código de Proceso Penal que son: falta; delito sancionado con pena de suspensión o multa y delito culposo cuando fuera presumible que no habrá de recaer pena de penitenciaría, y entonces estaríamos, en cualquier caso, fuera de las hipótesis del artículo 27 de la Constitución. Así que no veo bien cómo puede suponerse que podía haber colisión entre la ley de prevención si prisión y el artículo 27 de la Constitución.

Sin embargo, en nuestro espíritu está ir más allá de la hipótesis de la prevención sin prisión, porque en los fundamentos que estamos considerando debe advertirse que la prisión preventiva es la regla que debe utilizarse como excepción; en esto estamos de acuerdo en líneas generales.

Desde ese punto de vista, interesa fijar posición frente a la incidencia del artículo 27 de la Constitución. Lo primero que quiero decir a este respecto es que el argumento que puede extraerse para limitar la posibilidad de excluir la prisión preventiva de este artículo se basa en un argumento a contrario, y todos sabemos que éstos están bastante desacreditados en doctrina. Lo que aquí dice que si no ha de resultar pena de penitenciaría, los jueces podrán poner al acusado en libertad. Entonces se deduce a contrario sensu, que tendrán que estar en prisión. Sin embargo, eso no lo dice el artículo.

Además, tampoco comparto la interpretación del doctor Otatti sobre los artículos 15 y 16. De una interpretación armónica se llegaría a la conclusión de que preceptivamente debería disponerse la prisión del procesado. Lo que dice el artículo 15 es que: "Nadie puede ser preso sino infraganti delito o habiendo semiplena prueba de él". Para interpretarse lo otro debería decir que quien cometa infraganti delito o habiendo semiplena prueba de su culpabilidad, debería ser privado de su libertad.

Y el artículo 16, cuando se refiere a la obligación de que el juez tome la declaración dentro de las 24 horas y dentro de las 48, a lo sumo, empiece el sumario, parte de la presunción de que en el referido artículo anterior había infraganti delito y que debe ser sometido al juez para que no prosiga ese estado de privación de libertad después de los plazos anteriormente mencionados.

Mi conclusión sobre el sistema constitucional es que quizá las normas no son claras debido a que el constituyente tuvo en cuenta la legislación tradicional que nos viene de la vieja legislación española, que a la persona que se le imputa un delito se la presume culpable y se le empieza a aplicar la pena. Al respecto, deseo señalar la incidencia del artículo 12 que establece: "Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal". En realidad, la prisión preventiva es un confinamiento y se adelanta al total de la pena.

Eso me parece violatorio del artículo 12 de la Constitución y, sin embargo la otra situación me parece difícil que sea violatoria del artículo 27. Creo que los proyectos que tenemos a estudio y el hecho de reducir el campo de la prisión preventiva están más de acuerdo con la Constitución, sobre todo, por algo que decía Justino Jiménez de Aréchaga, y es que la Constitución debe ser interpretada como un conjunto o un sistema de garantías para defender la libertad de los individuos, y esto debe ser interpretado con un criterio restrictivo de las facultades jurisdiccionales, por una sentencia ejecutoriada para ser privado de la libertad.

SEÑOR OTATTI.- El motivo de mi intervención era -y quiero precisar un poco algún concepto que no haya quedado claro- referirme a este aspecto por la conveniencia de lo que acaba de ocurrir.

Puesto el tema sobre la mesa se ha llegado a una conclusión de la que yo, por otra parte, participo. Lo que dije fue que en determinado momento se planteó el problema de la constitucionalidad de la Ley de 1959, que es un antecedente, que por lo menos, en el proyecto del señor Senador Ortiz se recoge expresamente, y en el otro es el inspirador o antecedente inmediato.

Incluso cuando hablaba de la correlación de los artículos 15 y 16, me refería a un dictamen del Fiscal de Corte de la época, que era el doctor Berro Oribe.

Estimo que previamente se debe aclarar sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley que, reitero, a mi juicio no la tiene. Por consiguiente, coincido plenamente con lo manifestado por el señor Senador Aguirre, ya que está de acuerdo con el artículo 7ª que consagra el derecho de la libertad con algo que privara al inculpado de la posibilidad de no ser encarcelado.

SEÑOR VIERA.- En primer término, agradezco la invitación que se me ha formulado como Presidente del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal para concurrir a esta Comisión a fin de deliberar sobre estos dos proyectos de ley.

Recién lo recibí en la mañana de ayer de manera que sólo pude darle una rápida lectura; pero de ella puedo concluir que refleja el pensamiento de los procesalistas uruguayos, expresado en artículos doctrinarios y en las Terceras Jornadas de Derecho Procesal que se acaban de realizar del 17 al 21 de abril de este año en la ciudad de Rivera. De manera que nuestra opinión es muy reciente. Prácticamente se recoge, sobre todo, en el proyecto titulado "Prisión Preventiva de los Procesados". Las conclusiones a que se llegó en esta reunión científica prácticamente fueron unánimes.

Allí se analizaron temas que ahora también se ponen sobre el tapete. Justamente, el título de la Jornada era: "Constitución y proceso penal", de modo que todo el análisis estuvo referido, sobre todo, al problema constitucional.

En términos muy concisos, podríamos concluir en que el artículo 12 de la Constitución que establece -como muy bien lo señalaba el señor Senador Aguirre- que nadie puede ser penado o confinado sin proceso ni sentencia legal, es la norma matriz para la interpretación de todas las otras. Esto es así por la sencilla razón de que, aunque dicha norma no existiese, la disposición igual debería regir por aplicación del artículo 72 de la Constitución, ya que es una garantía fundamental de los derechos humanos. Interpretado con ese sentido sistemático -es decir, tomando en cuenta el artículo 72 más la garantía fundamental en materia de prisión preventiva- surge la exégesis del artículo 27 de la Constitución que, como también muy bien lo expresó el señor Senador Aguirre, a contrario sensu podría conducir a que fuera preceptiva, en todos los casos, la prisión preventiva cuando sea presumible el dictado de una pena de penitenciaría. Esta norma obedece al racionalismo del siglo pasado, que actualmente está en crisis, y no hay ninguna disposición que la imponga. Sólo es admisible cuando no contraríe principios fundamentales, como en este caso, en que convierte la prisión preventiva no en una medida cautelar, sino en la pena anticipada, violando abiertamente el espíritu del artículo 12 de la Constitución. En términos generales, y salvo algunos aspectos particulares que surjan del análisis, deseo expresar que estos proyectos coinciden con lo que, repito, de modo unánime se consideró en esa Jornada de Rivera y que constituía el pensamiento de los procesalistas del país.

SEÑOR VARELA MENDEZ.- En primer término, agradezco el honor de haber sido convocado a esta Comisión para exponer mis ideas respecto de los proyectos en consideración y a las modifica-

ciones a introducir en el régimen de prisión preventiva de los procesados.

Poco puedo agregar a lo que ha expresado ya el doctor Viera y a lo que seguramente va a manifestar el doctor Abal, quien se ha especializado en la materia.

La prisión preventiva debe ser tomada como una circunstancia excepcional y no ordinaria, en el proceso penal, porque ella no es más que una medida cautelar que incide en dicho proceso. ¿Qué es lo que determina la adopción de medidas cautelares? Lo determina el riesgo actual de que el objeto del proceso se transforme por el tiempo que insume o por los medios de instrucción de que se dispone a esos efectos, y pueda ser alterado. De ahí que para evitar durante el tiempo que dura el proceso el daño previsible, se anticipe un momento procesal futuro hipotético, en virtud del peligro en la demora. Las medidas cautelares en materia de prisión preventiva, por lo general se aplican sobre personas. Respecto al aseguramiento del imputado, Carnelutti decía que es de las personas que más pueden servir como prueba en el proceso. Por otro lado, se trata de individuos que están sujetos a la máxima tentación para escapar a la prueba. A la Justicia no hay nada que le interese más que asegurar el proceso al imputado. Pero como ese aseguramiento del imputado supone el cercenamiento de uno de los derechos más importantes -el de la libertad personal- debe rodearse de especiales garantías y manejarse con especial cautela. Es decir, que el interés de la Justicia debe tenerse presente con equilibrio, para que ningún inocente sufra prisión injusta y para que ningún culpable escape a la prisión.

Como medida cautelar, la prisión preventiva debe proyectarse a como ella está regulada en la legislación procesal penal y para ello es necesario modificar el Código de Procedimiento Penal.

Tenemos en consideración dos proyectos, uno de los cuales ha sido propuesto por el señor Senador Ortiz que no revierte el principio actualmente vigente, sino que amplía la preceptiva del artículo 71, del Código de Procedimiento Penal. El otro proyecto, que ha sido propuesto por un grupo de Senadores del Partido Nacional, sí lo revierte y lo ubica en el sistema de las medidas cautelares. Me parece que es la impostación adecuada que debe hacerse. ¿Por qué? Porque creo que modificar parcialmente el Código de Procedimiento Penal con el artículo 71,

implicaría, tal como dice la Biblia, echar vino nuevo en un molde viejo, y el resultado no sería armónico porque la prisión preventiva no es un elemento que se aplique para asegurar la eventual detención del imputado cuando sea condenado o para que no se alteren los rastros del delito, o para evitar la instrucción. Esto también lo han manifestado distintos procesalistas que concurrieron a las jornadas de Rivera. Esto se soluciona acabadamente en el proyecto que figura en la Carpeta Nª 167/85 donde se estructura el régimen de medidas cautelares.

Debo manifestar que tampoco comparto otros elementos que figuran en el proyecto presentado por el señor Senador Ortiz, como por ejemplo, cuando se establece en el artículo 2ª la libertad como un beneficio del procesado. Me permito sostener que la libertad es un derecho fundamental del individuo.

Además, en el artículo 3ª, cuando se excluye a los reincidentes de este régimen, se plantea un problema. En el Mensaje que acompaña al proyecto presentado por el señor Senador Ortiz, se establece que la prisión preventiva, en los hechos, es una pena que se impone por anticipado, cuando todavía no hay delito, ni delincuente, ni sentencia condenatoria. No obstante en el artículo 3ª del proyecto se excluye a los reincidentes de la aplicación de lo establecido por este proyecto de ley.

Según el artículo 48 del Código Penal, es reincidente quien comete un delito antes de los cinco años de haber sido condenado por un delito anterior. Entonces, para calificar a un reincidente se debe considerar la circunstancia de que el imputado haya sufrido dos condenas por delitos u otros extremos; también se puede considerar que basta una condena anterior y la imputación en un proceso, para que haya reincidencia. En cambio aquí estamos admitiendo que el sujeto va a ser condenado, cuando aun no se ha comprobado la existencia del delito, ni hay delincuente. Esto recién se sabrá, una vez dictada la sentencia definitiva.

Por todas estas razones, pienso que el proyecto presentado por distintos Senadores del Partido Nacional, es el que más se adecua a la perfilación de la prisión preventiva como medida cautelar.

Antes de continuar con el estudio del otro proyecto, que es de carácter más amplio, me permito estimar -y aclaro que en esto no me comprenden las generales de la ley- que la circuns

tancia de obtener la libertad provisional de los clientes no es un ejercicio que carezca de grandeza ni profundidad. En un curso que se dictó en la Facultad de Derecho en 1980 sobre el Código de Proceso Penal, manifesté que dicho proceso dividía a los abogados que se dedicaban a este ejercicio en saca-presos y en penalistas. Con esto no quise decir -y lo aclaré a los colegas que se dedican a ello- que excarcelar a la gente sea un ejercicio indigno.

El doctor Couture parece tener en menos a los abogados excarcelarios. Quiero significar que este ejercicio implica asumir la responsabilidad social de sustraer a un individuo que no ha sido condenado, del ámbito del establecimiento de detención y reintegrarlo al seno de la sociedad y de su familia para evitar que esa persona llegue a un deterioro en su situación familiar y social que lo vuelvan a encausar en la senda del delito.

Deseo señalar que este proyecto que, como indicaron los señores Senadores que lo suscribieron, fue redactado con la colaboración del apreciado amigo, el doctor Oliú, merece solamente algunas objeciones de detalle.

En primer término, me voy a referir al numeral primero del artículo 1ª, que dice: "Todo procesado tendrá la obligación de comparecer ante el Juez, todas las veces que ello le sea requerido por éste, debiendo comunicar asimismo, todo cambio de su domicilio real, que indicará al serle comunicado su procesamiento". A mi juicio, no debería decirse "tendrá la obligación", sino "tiene el deber" de comparecer. La obligación es una situación jurídica que no encaja dentro de las situaciones jurídicas procesales que tienen lugar durante el proceso. Por lo menos, esto es lo que se desprende de la perfilación de de este numeral; lo mismo sucede con la sujeción -como se dice siguiendo un léxico clásico- por cuanto ella generalmente no se encuentra aislada en el marco de las relaciones procesales sino que se vincula con la necesidad de obediencia al derecho y de no desatender las situaciones que provienen de la aplicación de los poderes, en este caso, los Jueces del proceso.

En el inciso segundo del numeral tercero del artículo 2ª se dice: "Podrá constituirse en fiador el que tiene capacidad para contratar y es, además, persona de notoria honradez y solvencia económica, comprobándose esta última mediante la exhibición de títulos o documentos formales. (CPP artículo 146)". Estimo que la referencia a personas de notoria honradez y sol-

vencia económica plantea un problema en torno al vocablo "notoria". Cuando en derecho probatorio hablamos de "notorio", el término tiene una significación relativamente aceptada entre los procesalistas; pero cuando lo trasladamos a otros campos del Derecho, el uso de la expresión "notoria honradez" puede no tener la claridad y precisión necesarias como para dilucidar las dudas que se plantean.

El numeral séptimo del artículo 2ª puede plantear objeciones en cuanto a la ejecución de las cauciones en sede penal. Quizás de esta manera se eviten trasiegos de expedientes, formación de piezas que deben ser cursadas a la Justicia Civil, pero pienso que se corre el riesgo, también, de que estas ejecuciones alteren la práctica propia de las sedes penales, en una materia que tendría que ser lateral frente a lo que es más importante, como lo es el propio objeto del proceso penal.

Por otra parte, merece total apoyo la consagración -si este proyecto se sanciona- por la vía legal, de lo contenido en el inciso final del artículo 5ª. Me refiero al principio de que, en tanto no existe condena, el procesado es inocente. Es decir, que un sujeto que es procesado por cualquier delito, es considerado inocente hasta que medie sentencia ejecutoriada. Es inocente para el trato que reciba en la Comisaría o en la Jefatura en la que esté detenido; es inocente para el trato que le den los órganos de la Justicia y los Administrativos; es inocente para el trato que se le debe dar en la prisión preventiva en el establecimiento adecuado.

Al sancionarse este proyecto, se va a determinar la necesidad de que los jueces penales -cosa que ya hacen, tal como se indica en la exposición de motivos- examinen cabalmente la situación que rodea a un imputado, a los efectos de establecer si procede la prisión preventiva u otras medidas. Es forzoso reiterar -aunque ya sea de conocimiento- que la inmediación del magistrado en materia penal consagrada por el artículo 135 del Código de Proceso Penal debe estar rodeada de aquellas circunstancias externas, como ser el número de magistrados y el ámbito judicial adecuado. Esto permitiría que lo que procuramos lograr con la sanción de una ley, no quede distorsionado en la práctica por la imposibilidad de que el Juez tome contacto directo con el juzgado y con su medio.

SEÑOR ABAL.- Al igual que los colegas profesores que me precedieron en el uso de la palabra, deseo agradecer la invitación

que se me ha cursado para concurrir a esta Comisión.

Podría comenzar mi exposición señalando dos o tres puntos que fueron deslizando los demás profesores.

En primer lugar, el doctor Cairoli, quiso dejar constancia de un uso de indudable trascendencia en la práctica del derecho penal. Se trata de los delitos sancionados con penas muy severas como mínimo, aunque quizás, en sí mismos, no tengan la entidad suficiente como para que a juicio de los Jueces que deben aplicar la pena, se los haya de castigar de esa manera. Además, se produce el perjuicio de que al existir un mínimo de penitenciaría -ya sea en la legislación vigente como en lo que establecen cualquiera de estos dos proyectos- esa persona no podría salir en libertad provisional.

Considero que el problema que planteó el doctor Cairoli abre dos facetas. Una de ellas no va directamente al punto que nos interesa tratar ahora, pero a mi juicio, habría que reducir las penas o prever situaciones especiales en las que se deba disminuir la pena para los delitos de violación o rapiña. Esta es una posibilidad. La otra es, obviamente, encontrar una solución que no está contemplada en ninguno de los dos proyectos.

Con respecto al problema que planteó el doctor Otatti, creo que el tema había quedado suficientemente aclarado en el sentido de que la norma que se propone aprobar por cualquiera de los dos proyectos, no es inconstitucional. Existen sobrados argumentos como para realizar una larga exposición al respecto, pero creo que ello excedería al interés y al trabajo de la Comisión en este momento.

Entrando directamente en el tema y para significar su gravedad, quisiera retomar lo que manifestó el señor Senador Batalla cuando mencionaba que más de las dos terceras partes de las personas que están recluidas en centros de detención, son procesados.

Recientemente tuve ocasión de leer un artículo publicado por un profesor español, en el que manifestaba su escándalo porque casi la cuarta parte de las personas que se encontraban detenidas en España, eran procesados, y que ésta era una situación totalmente anómala.

SEÑOR PRESIDENTE.- Ruego a los señores Senadores e invitados que no dialoguen, a fin de facilitar la toma de la versión taquigráfica.

SEÑOR ABAL.- Me siento muy consustanciado con lo expuesto en el proyecto presentado por los señores legisladores de la mayoría del Partido Nacional, desde que he trabajado en el mismo. Sin perjuicio de ello, no dejo de reconocer -también me satisface el hecho- que el proyecto presentado por el señor Senador Ortiz tiene la misma finalidad que el otro. A mi juicio, entiendo que ambos proyectos no son inconciliables. Sin embargo, existe un punto del proyecto presentado por el señor Senador Ortiz, que es el artículo 3ª, con el cual discrepo. La presente ley no será aplicable en los delitos previstos en los Títulos I, II, y III del Libro 2ª del Código Penal, ni a los reincidentes. En primer lugar, será la Comisión la que tendrá que resolver y después lo hará el Senado y la Cámara de Representantes.

En mi opinión, no existe motivo para excluir del sistema que se presenta para su aprobación a los delitos previstos en los Títulos anteriormente mencionados. Es natural que la mayoría de ellos estén excluidos tácitamente en la actual redacción. Están castigados con penas mínimas de penitenciaría. Por ejemplo, el caso de la asociación para delinquir, es grave, pero la asistencia a la asociación para delinquir implicaría la inexcarcelación.

SEÑOR CAIROLI.- Todo el Título III del Libro 2ª tiene penas excarcelables.

SEÑOR ABAL.- Nosotros nos hemos planteado todo esto, frente a la posibilidad de una actividad sediciosa organizada como la que existió en el Uruguay a fines de la década del 60 y a principios del 70.

Ante esa situación difícilmente un juez que procesa a una persona vaya a dejarla en libertad, porque, evidentemente, existe el peligro de ocultación. De suceder así se correría el riesgo de que una vez que esta persona sea puesta en libertad, pase a la clandestinidad. En ese caso, el juez, en virtud de la facultad que le otorga la propia ley, va a disponer la prisión preventiva, con lo cual queda cubierto este peligro, que se quiere evitar con esta norma del artículo 3ª.

Con respecto a los reincidentes, sucede otro tanto. Por ejemplo, tenemos el caso de un reincidente que roba una bolsa de papas. Tengo cierta experiencia en esto, ya que fui fiscal en el

interior de la República, donde los delitos generalmente son de menor entidad que los de Montevideo. Se da el caso de pequeños robos, como ser, las cubiertas de un automóvil. Como la persona que perpetra este robo es reincidente, queda excluido de la Ley. Lo que es más grave es que quien cometió un robo por primera vez, si lo hace por segunda vez, no sabemos si es culpable hasta que no termine el segundo proceso. De todas maneras, este aspecto podría ser aclarado.

Insisto en el caso de los reincidentes. Son personas, que por su actividad consuetudinariamente delictiva, van a quedar al margen de la libertad desde un principio, por la sola aplicación de las normas que se le permita manejar al Juez. Es notorio que un reincidente por delitos graves va a ser una persona, que en caso de ser castigada, lo será con una pena grave. Además, el solo hecho de tener una actividad delictiva continua, hace suponer que vive al margen de la Ley, que no tiene domicilio conocido y que es presumible su fuga y ocultación.

Entiendo que la coordinación de los dos proyectos se plantea a mi juicio, con el artículo 3ª, con cuya redacción discrepo.

En lo que respecta al proyecto presentado por la mayoría del Partido Nacional, de alguna manera he participado en su redacción. Allí se recogen soluciones sostenidas por la doctrina nacional y unánimemente por la procesalista.

He hablado sobre este punto con distinguidos colegas, jueces y profesores de la Cátedra, al igual que con los legisladores firmantes del proyecto, por lo que, de ninguna manera quiero atribuirme una paternidad exclusiva, como se me pretende hacer por parte del señor Senador Aguirre.

Con respecto a este proyecto, quisiera manifestar que existen unos pequeños errores que dejo salvados en la copia que voy a dejar a la Comisión. Se trata de algunas comas que faltan, y palabras mal puestas, que no alteran la parte esencial del proyecto. En cuanto al articulado, he realizado un comentario exegético que no voy a repetir en este momento.

Sin embargo, deseo expresar algunas palabras con respecto a las líneas generales del proyecto. Por el artículo 1ª se pretende establecer cuáles son las medidas concretas que puede imponer un juez, limitando la libertad de los procesados. No se innova nada, ya que todas estas medidas se conocen en nuestro

Derecho y no se aplican, salvo rarísimas excepciones. Su sola lectura exime de comentarios. El inciso 1) hace referencia al deber de sujeción y recoge las observaciones formuladas por el doctor Varela Méndez, que entiendo son atinadas. Tendría que decir que todo procesado tiene el deber de comparecer y no la obligación. Se trata de un problema más académico que práctico. El inciso 1) hace referencia al deber de sujeción -denominado así por los procesalistas- que no he encontrado en ningún artículo del Código vigente, aunque se da a entender en el inciso 1) que el deber de sujeción existe. Se trata de una norma que se refiere al domicilio real.

En el inciso 2) se recoge una solución que plantea el artículo 148 del Código de Procesamiento Penal, que se refiere a las cauciones. Están tratados por separado y no son medidas limitativas, sino que se trata de medidas supletorias que cumplen la misma finalidad que se persigue con la limitación de la libertad de los procesados. Su requerimiento es una facultad del Juez. Esto está indicado y regulado en los incisos 2) al 11) de este artículo 2ª. Se reproduce, en ellos, con pequeñas variantes y acotaciones, lo que surge, hasta este momento, de la Legislación vigente. Entendemos que lo previsto es aplicable y correcto en líneas generales.

El artículo 3ª es fundamental; creo que es el artículo principal del proyecto. Allí se señala cuándo el Juez puede disponer como excepción -porque lo es- las limitaciones a la libertad física o exigir las cauciones que establecen los artículos 1ª y 2ª de la Ley.

SEÑOR OTATTI.- Justamente por eso -ya que hay otra finalidad- creo que ese debería ser el artículo inicial del proyecto. Habría que empezar por esa hipótesis y después ir a las otras, excepto que hubiera otra razón que hubiera motivado la ordenación que actualmente tiene.

SEÑOR CERSOSIMO.- Yo también lo tenía anotado.

SEÑOR BATALLA.- Me voy a referir concretamente al numeral 4ª del artículo 3ª, por una razón hasta si se quiere afectiva, en algunos casos, y de carácter profesional, en otros. Me tocó intervenir en el último proyecto de ley que examinó la Comisión de Constitución y Códigos de la Cámara de Representantes antes de la dictadura, fue la Ley de Uso y Comercialización de Sicotrópicos. Posteriormente se transformó en la Ley Nª 14.294. Esa ley no solamente estudió lo que se refería concretamente a la

aplicación de los convenios internacionales, sino también en cuanto a la tipificación de diversos delitos. A raíz de esto se nombró una Comisión Especial que integraban, la doctora Reta como penalista, la doctora Bachini y Santos Veiga. Esa Comisión elevó un informe al Poder Ejecutivo y éste lo remitió al Parlamento.

A esta altura, la Comisión de Constitución y Códigos de la Cámara de Representantes tenía prácticamente concluido su estudio y estaba en la formulación del informe al Parlamento cuando sobrevino el golpe de estado. Esta fue una de las primeras leyes del Consejo de Estado; y nos encontramos con que se realizó un brutal aumento de los mínimos. No tenía ninguna relación con los mecanismos que había constituido el esquema de trabajo de la Comisión del punto de vista de la tipificación y de las penas a imponer.

Yo hice un estudio bastante amplio de esta ley. El artículo 35 es el único que establece un mínimo de prisión, que son 24 meses. Hay que tener en cuenta que en los casos normales de reiteración estaríamos en una pena de penitenciaría. El informe decía que en Sala se iban a explicar los motivos por los cuales una penalidad que comenzaba en 3, 6 y 12 meses, se llevaba, en casi todos los casos a 2 ó 4 años de penitenciaría. Pero, no hubo ninguna expresión en Sala que determinara porqué se habían introducido esos brutales aumentos. No se contestó nada, ya que éste era el esquema con que se manejaba la dictadura; todo lo que había que prohibir era positivo.

Uno de los temores que se tiene es que acá se establece la presunción, sin posibilidad de prueba en contrario de que la pena de penitenciaría "prima facie", impide toda posibilidad de aplicación de estos beneficios o de los derechos aquí reconocidos. Esto me preocupa porque entiendo que ahí estamos impidiendo el ejercicio de un derecho sin ningún fundamento técnico. No sé si de pronto la solución correcta sería rebajar los mínimos y modificar esta ley.

SEÑOR ABAL.- El señor Senador Batalla se adelantó a lo que yo pensaba decir más adelante. Ese, iba a ser el punto conflictivo de mi exposición.

Este artículo 3ª, cuyo ordenamiento cuestiona el doctor Otatti porque entiende que habría que ponerlo en primer término -cosa que puede ser perfectamente compatible; si desea puede hacerlo, yo no tengo ninguna objeción- es, como dije, el más im-

portante de la ley. Se podría cambiar de lugar sin alterar demasiado el texto. Lo primero que se dice en este artículo es que el Juez sólo puede limitar la libertad cuando existe un verdadero peligro de que la libertad física pueda entorpecer la indagación o la continuidad del proceso -como ustedes saben, sin el procesado hay rebeldía y se interrumpe el proceso- y/o la ejecución de la pena. Es decir, la posibilidad de poder hacer efectiva la pena al final del proceso por la fuga o la ocultación la persona, pena que aparece como probable y que pueda efectivamente cumplirse.

SEÑOR OTATTI.- Simplemente aparecen como probables.

SEÑOR ABAL.- Sí; está bien.

El segundo inciso dice: "Se excluyen los casos de procesamiento por faltas... multa o inhabilitación.". Son delitos muy menores y aunque teóricamente podría existir algún motivo para disponer de la prisión, por ejemplo, para evitar el entorpecimiento de la indagatoria, casi todas las legislaciones -no por la fuga o la ocultación porque éstas no cumplen el objeto de la pena- expresamente las incluyen. Inclusive nuestra ley de prevención sin prisión en el artículo 1ª las incluía, aunque hacía admisible, posteriormente, la prisión en determinadas situaciones. Creo que hay que excluirlas radicalmente. En ningún caso es admisible la prisión cuando se trata de delitos castitados con penas de multas o de inhabilitación.

El inciso 3ª se preocupa de establecer que tiene que haber una adecuada proporcionalidad entre la gravedad de las medidas y la entidad del peligro.

El inciso 4ª -que es el que motivaba la intervención del señor Senador Batalla- dice: "Se presumirá sin admitirse prueba en contrario la existencia del peligro para la continuidad del proceso y para la efectiva ejecución de la pena que aparece como probable..." -aquí aparece de nuevo la frase- ... debiendo disponerse... dos años de penitenciaría o más.".

Lo que motivó esta redacción fue evitar que se pudiera hacer un cuestionamiento muy serio en base a la práctica actual de que los delitos con penas de más de dos años son inexcarcelables. Parecía que significaba una innovación demasiado grande introducir un elemento, como elevar este mínimo o incluso eliminarlo. Deseo aclarar que la legislación italiana, por ejemplo, lo establece en siete años, en alguna de las provincias ar

gentinas se habla de tres años; en Colombia de cuatro años y el Código de Costa Rica habla de cinco años.

SEÑOR BATALLA.- Yo no hablaba de no establecerlo. Me parece correcta la presunción, pero pienso que puede atenuarse la fuerza de ésta.

SEÑOR ABAL.- La primera solución sería mantener la presunción sobre los dos años u otra gravedad que se estime conveniente. La segunda, sería eliminar "sin admitirse prueba en contrario", que es con lo que no está de acuerdo el doctor Viera.

Aunque el doctor Gelsi Bidart no se encuentre presente, puedo decir que él conoce las líneas de este proyecto y está de acuerdo con él, y la única discrepancia fundamental que planteó fue, precisamente, sobre este punto.

SEÑOR VIERA.- Estoy de acuerdo con eliminar esos vocablos, porque sería una presunción absoluta ya que no admite prueba en contrario.

Por otra parte, el artículo 6º cuando habla del cese de las limitaciones a la libertad física del procesado dice que en ese caso "sólo dejará de existir cuando el tiempo de prisión preventiva permita, en caso de condena, tener por compurgadas las tres cuartas partes de la probable pena". De manera que es, prácticamente, un eufemismo, porque en el fondo se está aplicando otra vez el problema de una pena anticipada.

Por un lado, por el artículo 3º, el Juez, forzosamente y en cualquier circunstancia, puede proceder a la limitación de la libertad física del procesado, y solamente lo puede poner en libertad cuando ha cumplido tres cuartas partes de la pena. Es decir que tendría derecho a la libertad anticipada llegándose, precisamente, a lo que se quiere eliminar; o sea, que la prisión preventiva, en lugar de ser una medida cautelar, sea una anticipación de la pena.

SEÑOR CAIROLI.- Estoy de acuerdo con lo manifestado, ya que eliminaría la preocupación que panteé al principio de mi exposición con relación a los delitos que no son excarcelables pero que en algunos casos deberían serlo.

Con la supresión de "no se admitiría prueba en contrario" y

el agregado de "salvo prueba en contrario", lo que se presumiría como una presunción de carácter relativa, estaría de acuerdo.

SEÑOR ABAL.- Agradezco la intervención del doctor Cairoli, porque creo que de esta forma avanzamos en el tratamiento del tema, pues permite ponernos de acuerdo en las posibles soluciones. A nivel de los profesores presentes y de algún ausente cuya opinión conozco, creo que el parecer es casi unánime en el sentido de eliminar "prueba en contrario". Tal vez pueda establecerse una presunción relativa diciéndose que se presumirá salvo prueba en contrario.

SEÑOR BATALLA.- Cuando el Juez deba establecerlo.

SEÑOR ABAL.- Todas las resoluciones sobre la libertad física de los procesados deben ser expresamente fundadas.

En el proyecto no sólo se prevé que las resoluciones de los jueces deben fundarse, ya sea disponiendo la medida o su cese, sino que además debe fundarse la solicitud de los fiscales; de lo contrario no son admisibles.

La solicitud del fiscal sin fundamento aparece carente del requisito de admisibilidad y debe ser rechazada por el Juez. Sabido es que es muy común que los fiscales se expidan solicitando la prisión sin establecer el fundamento, a efectos de no decir que lo hacen como una pena. Inclusive nosotros disfrazamos ciertas solicitudes de libertad diciendo que ya hace tiempo que la persona está en prisión pero obviamos manifestar por qué debe estar libre.

Continuando con el análisis del texto, debo decir que el numeral 5) del artículo 3º establece una norma complementaria de lo que contienen los apartados "a" a "d" del numeral 3) del artículo 1º. Allí se fija la obligación de presentarse en determinados días ante la autoridad, pero si no existe sanción, la obligación carece de utilidad práctica. Por ello se establece que "la violación de la obligación de comparecer al serle requerido y/o de comunicar los cambios de domicilio real y/o de las obligaciones y prohibiciones establecidas en los apartados "a" a "d" del numeral 3) del artículo 1º, deberán ser consideradas por el Juez como indicio de peligro que habilita la adopción de alguna medida cautelar o de medidas de mayor gravedad

que las que se violaron".

SEÑOR BATALLA.- Me parece que el término "gravedad" está mal utilizado.

SEÑOR ABAL.- Pienso que no, porque se entiende que las medidas tienen un orden creciente de gravedad. Pero si el señor senador lo cree conveniente, podríamos dejar anotada la palabra "severidad" para luego estudiar si sería más correcta.

En el artículo 4ª se establece un régimen exclusivamente procesal donde creo que lo único que es importante es destacar es lo relativo a que la solicitud siempre debe ser fundada.

En el numeral 2 de este artículo se pretende buscar una solución que evite las enormes dilaciones que surgen como consecuencia de las apelaciones de actos que deniegan la excarcelación o la conceden apeladas por el Fiscal. Dice así: "con la solicitud o la decisión en su caso, se formará siempre pieza separada en la que en adelante, sin suspender el curso del proceso (a cuyo efecto se harán todos los testimonios que las ulterioridades requieran), se dilucidarán todas las cuestiones referentes a las limitaciones a la libertad física del procesado y cauciones establecidas por esta Ley" ¿Significa que debe hacerse un testimonio en cada causa en que exista una limitación física? Creo que no. Pienso que lo que quiere decir es que cuando haya una limitación, eso pasa a otra instancia o a otro tribunal que no disponga de la pieza principal. Con esto se evita reabrir todo el expediente.

SEÑOR CAIROLI.- Creo que eso está bien aclarado cuando dice "a cuyo efecto se harán todos los testimonios que las ulterioridades requieran".

SEÑOR ABAL.- El texto de este artículo no innova.

El artículo 5ª se refiere a un problema importantísimo y sumamente trascendente, pero que no debe ser resuelto por esta Ley. Se trata del problema del tratamiento carcelario de los procesados. Creo que no puede abordarse en este Proyecto porque excede totalmente su intención. Se trata nada más que de sentar el principio de que el procesado debe ser tratado como inocente y de que eso debe guiar la actividad de los distintos agentes del Estado que intervengan durante la limitación de la libertad física de la persona. Quizá no tenga mucha trascendencia práctica, pero creo que es conveniente dejarlo bien aclarado ya que puede servir para interpretar otras normas que existan o puedan dictarse en el futuro.

En el artículo 6ª se establecen los momentos en que cesan las limitaciones a la libertad física del procesado. Creo que las situaciones planteadas son bastante claras. La única que podría cuestionarse es la que figura en el apartado e) que dice "en caso de que prima facie aparezca como probable una pena de dos años o más de penitenciaría, la presunción de la existencia del peligro señalada en el inciso 4 del artículo 3ª, sólo dejará de existir", etcétera. Creo que si se adopta este criterio, habría que redactarlo de otra manera. Sin embargo, pienso que puede eliminarse.

En el numeral 2 de este artículo se establece que en los supuestos del apartado e) -y nada más que en ellos- el Juez podrá sustituir las medidas más graves por otras de menor entidad. Creo que lo que se propone es absolutamente lógico.

El artículo 7ª refiere al trámite procesal de la decisión disponiendo el cese de las limitaciones de la libertad física del procesado. Se aclaran algunas cosas, pero no existe innovación realmente importante con relación al régimen actual.

El artículo 8ª -al igual que el 3ª-, a mi juicio, es una norma trascendente de la Ley. Se refiere a la reparación del daño causado por la prisión preventiva. Debo decir que, en mi criterio, con la prisión preventiva se causa un daño aun cuando la persona sea culpable. Sin embargo, ese daño es compensado, tal como lo prevén todas las legislaciones y también ésta.

Revisando este artículo y conversando con algún colega, he llegado a la conclusión de que lo más práctico sería eliminar el numeral 2, puesto que no añade nada a la legislación vigente. Me parece razonable y sugiero que se elimine puesto que sólo puede servir para comprender la inteligencia total del texto.

Quedaría un único problema a subsanarse: el daño causado a

Aquí se prevén dos casos. El primero es cuando la persona no es hallada culpable y, además, algunas otras situaciones que si quieren las podemos eliminar, que serían "En los casos de clausura del proceso (salvo por desistimiento de la instancia o remisión), sobreseimiento, absolución, condena a pena no privativa de libertad o condena a una pena inferior al tiempo que debería descontarse de la pena conforme al apartado siguiente, el Estado deberá abonar al ex procesado una prudencial suma de dinero que será fijada de acuerdo a las circunstancias del caso por la Justicia Civil". El otorgamiento de esta suma de dinero se hace por dos razones. La primera merece

una aclaración en cuanto a que esta suma es prudencial y, en lo personal, considero que es injusto porque lo justo sería establecer la reparación justa y no prudencial, ya que esta última parece limitativa. Es decir que este término "prudencial" podría significar que los Jueces se vieran demasiado limitados en sus posibilidades de disponer las medidas cautelarias, porque estarían atrapados y con el peligro de tener que ser los causantes de una indemnización muy grave y, por lo tanto, nos encontraríamos con que al final los Jueces no lo hacen en atención a ese temor de ser los causantes de grandes daños al Estado. Es por eso que se empleó el vocablo "prudencial" que más que en la ley se debería dejar librado a la práctica de los tribunales porque aquí las reparaciones finales son más que nada por daño moral, aunque también pueden serlo procesantes.

SEÑOR CAIROLI.- En ese sentido, podríamos aprovechar lo que se ha establecido al respecto en los Códigos Penales modernos como el japonés o el alemán -después del proyecto alternativo del año 1975- e inclusive tenemos uno más cercano que es el de Bolivia, del año 1973, en el que en sus artículos 90 y siguientes se establece un régimen de cajas de compensación para estos casos. En relación a ese tema existe un pequeño capítulo en el Código Penal boliviano que tengo en mi poder pero que desafortunadamente no lo pude traer a esta sesión debido a que se lo presté a un grupo de estudiantes que están realizando un trabajo al respecto. Los últimos códigos establecen ese régimen de cajas de compensación que son nutridas por ciertos tributos judiciales del Estado. Lamentablemente en este momento nosotros no tenemos esos recursos, pero de todas maneras podríamos tratar de incorporar este régimen a nuestro Código. Por otro lado, puedo ofrecerle una copia de este Código boliviano a la Comisión, trayéndolo en una próxima sesión, haciéndole llegar una fotocopia del mismo. Me he referido a estas disposiciones del Código Penal de Bolivia porque es el más cercano a nosotros y, además, porque está hecho con un sentido más latinoamericano.

SEÑOR BATALLA.- Debo decir que no me gusta dejar establecido el término "prudencial suma de dinero", inclusive por el trámite que se deberá seguir después ante la Justicia Civil, ya que no sé hasta dónde no complica demasiado al hombre que recién sale de la cárcel, que recién se integra a la sociedad, viéndose obligado a plantear un pleito ante el Estado. Por lo menos en este caso, a mi juicio, al fijar la base de una "prudencial suma de dinero" nos vamos a encontrar con que el que sale a la vida social, con inmensos problemas económicos, con

grandes dificultades y tratándose de reintegrar a la sociedad tendrá que seguir un pleito que durará años -sabemos que es así en el esquema de la Justicia actual-, cosa que no es deseable ni para la sociedad ni para el actor de esta situación. Creo que esto como sistema es inconveniente; entiendo que es justo, pero inconveniente. Sobre este tema considero que es preferible establecer una base más concreta para la reclamación, una escala, que regule en forma más precisa estos casos, porque se van a crear inmensas expectativas y diferencias en cuanto a los Jueces de turno, en las medidas si establecemos normas tan ambiguas como estas.

SEÑOR ORTIZ.- En este artículo 8ª, en su apartado a) se dice que se fijará la indemnización y que "El Estado podrá repetir lo pagado contra los terceros que pudieren ser responsables". ¿Entre esos terceros está el Juez? Ese Juez dispuso la limitación de la libertad física en forma legítima.

SEÑOR ABAL.- No sería el Juez responsable, sería responsable si lo dispone ilegítimamente.

SEÑOR ORTIZ.- Aquí dice "Cuando la limitación a la libertad física del procesado ha sido legítimamente dispuesta,".

SEÑOR ABAL.- No digo que sea así en los casos en que el Juez esté atrapado.

Por otra parte, cuando comencé mi exposición, propuse una redacción distinta a partir del encabezamiento de este artículo, donde no se hacía cuestión de si la prisión era legítima o no. Lo encabezaría con esta frase: "Cuando el daño es causado ante la privación de la libertad física", sin decir si era o no legítima. Aquí sí estaría comprendido el Juez. Si se mantuviera la redacción actual, esto estaría comprendido en el numeral 2 y no en el 1, o sea, cuando dice "Cuando la limitación a la libertad física del procesado ha sido ilegítimamente dispuesta,". Esto es lo que se expresa al final del artículo 8ª.

SEÑOR ORTIZ.- En lo que tiene que ver con la hipótesis planteada en el numeral 1 con respecto a la limitación legítimamente dispuesta, ¿quién es el responsable?.

SEÑOR ABAL._ Puede serlo un tercero que haya falseado las pruebas. Aunque no se estableciera esto, creo que rige de todas formas. Quiere decir que si el Estado debe abonar una suma de dinero, puede repetir lo pagado contra el causante de su obligación, o sea, contra quien le originó la obligación de pagar ese dinero. Si ese caso se plantea frenta a un funcionario público, quedará atrapado en las normas que la Constitución prevé al respecto. En cambio si se

trata de un particular, se tomarán en cuenta las normas establecidas en el Código Civil. No sé si existen normas administrativas que puedan conducir esto a una situación distinta. Desde ese punto de vista, parece razonable.

SEÑOR ORTIZ.- Lo que deseo es que quede bien claro, en caso de aprobarse este inciso, que los Jueces no están comprendidos en ningún caso.

SEÑOR ABAL.- Considero que con la nueva redacción, eliminándose el segundo párrafo, es posible que no quede claro. Sin embargo, creo que eso se puede arreglar de alguna manera.

SEÑOR OTATTI .- Tenía ciertas dudas con respecto a la redacción original en cuanto a la real diferencia de cuándo la limitación de la libertad física fue legítimamente dispuesta y cuándo lo fue en forma ilegítima. Sin embargo, con las correcciones que aquí se han hecho, eliminándose el numeral 2 e introduciendo este nuevo texto, diría que está mucho más claro.

SEÑOR ABAL.- Los aspectos de las limitaciones ilegítimas no son muy claras. Supongamos el caso de un Juez que está actuando fuera de sus facultades; por ejemplo, un Juez de Familia que ordena un procesamiento.

SEÑOR BATALLA.- En ese caso estaríamos hablando de normas de disciplina judicial, que es algo distinto.

SEÑOR ABAL.- No hay duda. En ese caso se debe reparar el daño que se hizo a la persona; además, hay un delito. Más adelante, podemos ver que se prevé la situación de las personas que han sido declaradas culpables. Y se señala que la prisión sufrida se descontará de la pena, no sólo en el caso de prisión preventiva, sino también, en aquellos en los que ha habido algún tipo de libertad preventiva, que son menos graves pero que igualmente merecen alguna reparación.

SEÑOR CERSOSIMO.- El apartado A) dice que no corresponderá indemnización en los supuestos de sobreseimiento por gracia, salvo que el procesado la rechace. ¿Por qué no se comprende el segundo caso, es decir, cuando no haya condena?

SEÑOR ABAL.- No lo previmos, pero podría estudiarse. Lo que sucede es que la situación más común es la gracia.

SEÑOR CERSOSIMO.- Esto lo planteamos en el Senado en la oportunidad en que se trató la Ley Nª 15.742. En la Cámara de Representantes se acogió el artículo 7ª, pero con la variante de que el presuntamente beneficiario de la amnistía podría rechazarla y estar a las resultancias de una sentencia absolutoria.

La mencionada Cámara estableció una suspensión de determinado lapso durante el cual se puede pedir que se suspenda el beneficio, hasta que haya sentencia definitiva.

Nosotros habíamos planteado la renunciabilidad de la amnistía; pero lo que se acogió fue la suspensión de la misma. Actualmente, el instituto de la amnistía se está haciendo más común.

Los que firman este proyecto, indudablemente, saben mucho más que el que habla. De todas maneras, quiero dejar planteada mi inquietud a los efectos de ver si corresponde o no estudiar el caso.

SEÑOR CAIROLI.- En ninguno de los dos casos hay un pronunciamiento concreto sobre la culpabilidad o no.

SEÑOR BATALLA.- En el caso de que este texto fuera aprobado, en el segundo renglón de la página 8, debería decir por "gracia o amnistía".

SEÑOR AGUIRRE.- Hemos entrado a discutir en detalle un problema difícil y muy técnico como es el del daño causado por la limitación de la libertad física del procesado y su eventual reparación.

Creo que en el artículo 8º se parte del supuesto -y si no es así, pido al doctor Abal y a los demás profesores que me lo aclaren- de que el daño resulta del hecho de que una sentencia absolutoria o un sobreseimiento -que aquí se dice que es por gracia o amnistía, que es otro supuesto que ahora se maneja- determina que no hay condena y que, por lo tanto, la privación de libertad no debió haberse dispuesto.

No sé si estoy interpretando mal el problema, pero si realmente la sentencia determina que debió aplicarse una pena y el tiempo de detención sufrida en carácter de prisión preventiva se computa luego de acuerdo al inciso tercero del literal B, no se advierte cuál fue el daño causado. Daño hubo de haber, cuando la persona estuvo detenida más tiempo del que la condena determine, y en esa situación la actuación pudo haber sido legítima o ilegítima. Si el Juez, antes de dictar la sentencia absolutoria, dispuso la privación de libertad por vía de prisión preventiva, hizo uso de una facultad legal que posee aun dentro de la mecánica de este proyecto. Es decir, no es un ejercicio abusivo de sus facultades ni un exceso de competencia el disponer, en determinados casos, la prisión preventiva, aunque venga una sentencia absolutoria. Si el Juez, dentro de las hipótesis del ar-

tículo 71 del Código de Proceso Penal, dispuso la prisión preventiva, en ese caso, la actuación debió considerarse ilegítima. Ahí estaría, a mi entender, la distinción entre actuación legítima o ilegítima o entre privación legítima o ilegítima de la libertad. En principio, pienso que no puede haber daño si la sentencia es condenatoria, salvo que haya sido por un año y la persona en cuestión hubiera estado privada de libertad por más de ese tiempo.

SEÑOR ABAL.- Este punto requiere un análisis muy cuidadoso; e inclusive, es hasta difícil de explicar.

Quizás la palabra más adecuada para referirse a este tema sea el término "perjuicio" y no daño.

Es indudable que cualquier procesado, según lo que dispone nuestra Constitución tiene derecho a esperar su proceso sin ninguna limitación de su libertad. Pero la misma Constitución prevé que esa libertad pueda verse limitada y, con elló, se le causa un perjuicio, pero no fundado en el hecho de que sea o no culpable. En razón del interés general de la sociedad, se le causa ese perjuicio tanto al que ha sido declarado culpable como al que no lo es, y eso debe ser reparado.

En la moderna doctrina procesal, se entiende que cuando se le declara culpable, la reparación se hace a través de la disminución de la pena. Y cuando no es declarado culpable, la reparación es pecuniaria.

No sé si he sido claro; pienso que la expresión "perjuicio" permite una inteligencia más correcta del tema.

SEÑOR AGUIRRE.- La explicación del doctor Abal resulta admisible, pero podría discutirse desde el punto de vista de sus fundamentos. Pienso que quizás sería conveniente explicitarla en la exposición de motivos, porque se trata de un problema técnico que quizás algunos Legisladores no entiendan claramente.

SEÑOR CAIROLI.- Sustancialmente, voy a reiterar los conceptos vertidos por el doctor Abal.

En realidad, no solamente la doctrina procesal sino los Códigos Penales mas modernos admiten esta circunstancia y lo hacen como reparación de un perjuicio al haberle quitado el derecho a la libertad ambulatoria, sea legítima o ilegítima la medida. Pero no he visto, por lo menos en los Códigos Penales modernos,

que haya sido decretado y el individuo haya sido puesto en libertad, sobreseído, absuelto, absuelto por falta de pruebas, etcétera. A eso se refieren los Códigos.

Me parece criteriosa la opinión del señor Senador Aguirre en cuanto a que en la exposición de motivos se establezca esto en forma detallada, ya que puede causar un cierto caos en la población.

SEÑOR ABAL.- En el artículo 9ª -que prácticamente es de orden- se derogan una serie de normas e inclusive algunas leyes de escasísima trascendencia, como las que mencionó el doctor Ottati en su intervención.

SEÑOR PRESIDENTE.- Perdón, pero me he quedado pensando en la filosofía del artículo 8ª del proyecto de la mayoría del Partido Nacional.

No tengo opinión definitiva pero, en principio, al margen de una especialización penal que no poseo, no me entusiasma mucho el principio que establece de la indemnización, salvo en aquellos casos reconocidos incluso en la Constitución en los artículos 24 y 25, de reparación del daño causado por el Estado, que quizá sea bueno que algún día se reglamente.

Creo recordar que el doctor Abal se refirió a algo que también señaló el señor Senador Aguirre, o sea, al valor jerarquizado que tiene, en los textos constitucionales, la libertad. Aparentemente, el artículo 8ª le da una relevancia muy especial que, por supuesto, estoy lejos de desconocer. Es un bien jurídico llamado libertad, que se pone por encima de otros bienes y, naturalmente, ese punto no lo vamos a discutir en el Parlamento. Sin embargo, me pareció deducir una afirmación de las palabras del doctor Abal en cuanto a que debería corresponder la libertad siempre que haya una sentencia de condena.

SEÑOR ABAL.- Creo que ese debe ser el principio y nuestra Constitución admite excepciones a él, ya que menciona el instituto de la prisión preventiva, cuya única naturaleza, analizada en el marco de ese capítulo de Derechos, Deberes y Garantías, no puede ser otra que la de una medida cautelar, procesal, asegurativa de las finalidades indicadas en el artículo 3ª.

Naturalmente, puede ser un poco chocante que de repente una persona, a quien la población puede presumir autora de un delito y que haya sido vista privada de su libertad, si es sobreseída por falta de plena prueba, aunque exista una convicción gene

ralizada, puede pedir una reparación. Pero, lamentablemente, en mi concepto, debe ser así.

SEÑOR PRESIDENTE.- Cuando se discutió en el Senado la renunciabilidad o no de la amnistía, cité el artículo 7º de la Constitución. Creo que hay una referencia a una serie de bienes constitucionalmente protegidos donde al menos en lo formal, en lo pie deletrístico, el constituyente no toma una preferencia sobre un bien constitucionalmente privilegiado respecto de los otros. Hace una mención a una cantidad de bienes que para mí deben interpretarse en un sentido armónico unos respecto de los otros. Habla de vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad.Pero dice después que nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establezcan por razones de interés general. Es decir, en ese caso se admite una restricción respecto del goce irrestricto de esos bienes. Entonces,quizá no sea tan así, de que la libertad tiene una jerarquía tal como para afirmar que la regla general casi irrestricta es la de la libertad, porque eso debe estar balanceado con la seguridad y ésta, quizá, tenga algo que ver con la peligrosidad que establece el derecho penal.

SEÑOR CAIROLI.- Yo no me referiría a la peligrosidad. Es un concepto lateral al derecho penal; creo que éste está basado sobre el principio de la culpabilidad, y así como un juez no puede cobrar una multa a un individuo hasta que ésta no se establezca, tampoco le puede cobrar una libertad a un sujeto antes de haberlo sentenciado.

SEÑOR ABAL.- A mi juicio la parte final de este artículo hace admisible que los ciudadanos puedan ser penados mediante privación de libertad. Después la Constitución reglamenta algunos aspectos de esa privación de libertad; pero la Carta Magna, cuando autoriza por razones de interés general a limitar su derecho de propiedad, establece el derecho a percibir una justa compensación. Si se limita la libertad de alguien por razones de interés general, no se le puede prohibir a esa persona la justa compensación. Para mí el punto es de una claridad meridiana, quizá porque lo he visto en la práctica y sé de casos que han sido absueltos por la justicia militar luego de haber estado varios meses en prisión. Hay muchos casos que son absueltos; incluso a veces se comprueba que la persona no cometió ningún delito. Por ejemplo, se la acusa de un asesinato y luego el que se presumía muerto aparece con vida.

Incluso hay legislaciones extranjeras, como las Constituciones española y chilena -la primera, inclusive, lo reglamenta-

que se refieren a esta reparación. Pienso que sería un vacío enorme de nuestra ley no contemplar expresamente este aspecto, que incluso entiendo que está contenido por los artículos 24 y 25 de la Constitución, aún no reglamentados. Creo que por lo menos habría que reglamentar el aspecto de la privación de libertad.

SEÑOR OTTATI.- Deseo hacer una puntualización con muy especial cuidado y detenimiento -el señor Oliú ha hecho ya un análisis de los aspectos más importantes del proyecto de ley- a los efectos de que mis expresiones no sean mal interpretadas.

He dicho -y lo reitero por si no ha quedado claro- que participo integralmente de la filosofía de este proyecto de ley que pretende corregir una práctica que es absolutamente incorrecta, más allá de las modificaciones que se puedan introducir, a las que seguramente se referirá el doctor Cairoli.

A mi juicio, lo medular del problema de la prisión preventiva es el otorgarle naturaleza de pena, o bien que funciones como anticipo de pena. Si el proceso penal uruguayo estuviera estructurado de otra forma y se pudiera llegar con prontitud a una sentencia de condena o a una sentencia absolutoria, no me molestaría que hubiera una prisión preventiva de pocos días, que se cumpliera en un lugar diferente del que se cumple actualmente y que cesara cuando las expectativas que se mencionan estuvieran satisfechas, pero no estoy de acuerdo en que se alarguen proporcionalmente a la entidad del delito.

El doctor Gelsi -y el doctor Abal debe recordarlo bien porque figura en el prólogo de su obra sobre medidas cautelares- dice algo que es exacto: que esas prácticas, viciosas en general, y los dictámenes fiscales que dicen que es escasa la preventiva, en realidad se fundan en la certidumbre que esa prisión -corta, larga o mediana- muchas veces va a ser la única privación de libertad que experimentará esa persona. Por supuesto que hay cosas que a uno le gustaría que fueran de determinada manera, pero a veces hay que ver las consecuencias prácticas que su aplicación puede acarrear. Creo que el sistema de libertades que establece nuestro Código de Procedimiento Penal o nuestro ordenamiento penal está armado sobre la base de que la prisión preventiva sigue, generalmente, al procesamiento. El doctor Gelsi advierte sobre lo que puede suceder con el funcionamiento de la libertad llamada condicional. Quienes actuamos en materia penal, sabemos lo que acontece. El artículo 27 del Código de Procedimiento Penal establece que si al quedar ejecutoriada la sentencia condenatoria el penado saliera en libertad provisional, se

suspenderá su reintegro a la cárcel y, después de una serie de trámites, habrá un pronunciamiento concreto de la Suprema Corte de Justicia, que decidirá si se otorga o no a dicho condenado, la libertad condicional. Lo que hay que tener en cuenta, son las circunstancias que hacen a la conducta del encausado en libertad. Quizá sea bueno considerar -lo dejo encima de la mesa; quizá no sea tarea del técnico sino del político lo que se pueda pensar sobre el particular- que en esa solución que preconizan cualquiera de los dos proyectos, con los que estoy de acuerdo, pueda darse el caso de una persona que ha cometido delitos que se sancionan con pena de prisión, que luego es penada o condenada porque efectivamente lo cometió, y nunca pisó la prisión, ni en calidad de prisión preventiva ni tampoco -en virtud del juego de la libertad condicional- en calidad de culpable por ese delito. No digo que esto esté mal, pero sí pongo de manifiesto el hecho de que uno de los fines que alguna vez se manejó en cuanto a la prisión preventiva o la privación de libertad pudiera funcionar como un mal necesario que estimula a los buenos y obra en contra de los malos. Quizá no pueda percibirse claramente la diferencia entre el que violó la ley y fue a prisión por ello y aquel que no va a prisión porque ha actuado en su vida con total acatamiento de las disposiciones vigentes. Hay una realidad que suscribo pero, a su vez, hay un peligro de interpretación por cuanto habrá personas procesadas por un delito que luego se confirma por una sentencia de condena -lo cual quiere decir que ha sido bien procesado- y, sin embargo, no han estado un solo día en prisión. No digo que esto sea malo, inclusive hay soluciones modernas que lo postulan, pero conviene que quede bien en claro.

SEÑOR ABAL.- El punto que plantea el doctor Ottati, indudablemente, es cierto, pero también tenemos que recordar que esa solución es la que preconiza nuestro Código Penal, cuyo artículo 126 establece la suspensión condicional de la pena. La filosofía que inspira este artículo y su finalidad práctica, es que el procesado que no cometió ningún delito grave, no esté ni un día antes, ni un día después, en la cárcel. Con todo, mantiene la espada de Damocles sobre su cabeza por cuanto, si incurre en un nuevo delito en un período de cinco años, sí irá a la cárcel, tanto por el delito anterior, como por el nuevo.

SEÑOR OTTATI.- Hasta este momento, había estado unos días, aunque más no fuera como forma de prisión preventiva.

SEÑOR ABAL.- No todos; además, de una manera arbitraria, porque algunos han estado tres días y otros seis meses, según el calor o entusiasmo que pusiera el fiscal o el juez para resolver so-

bre cuánto tiempo le darían de pena. Si bien este es un asunto que se debe considerar, entiendo que también debe tenerse en cuenta lo que dice el artículo 126. En la exposición de motivos se menciona que, además, se viola la filosofía del propio Código Penal que establece que en estos casos, en principio, la persona no debe estar en la cárcel un solo día, ni por prisión preventiva, ni por pena.

SEÑOR BATALLA.- Comparto integralmente la filosofía y también, en líneas generales, las soluciones que se postulan, salvo discrepancias de menor importancia. Entiendo que también debemos tener en claro que con dichas soluciones soslayamos, en cierto sentido, la existencia del problema. Hay dos cuestiones de fundamental importancia. Una, se refiere al proceso penal.

Es evidente que no es correcto un procedimiento judicial que establezca una sentencia definitiva a los cuatro años de producirse el hecho.

Recuerdo que cuando debía integrar en la Cámara de Diputados por primera vez una Comisión extraparlamentaria, se trató de hacer funcionar, a nivel técnico, la modificación sustancial de un Código. Dicha Comisión estaba integrada con representantes del Ministerio de Cultura de la época, de la Suprema Corte de Justicia, de la Universidad de la República, de la Asociación de Magistrados y del Colegio de Abogados. En ese momento se trató de dar respuesta al Código Penal y al Código de Procedimiento Civil, con dos criterios distintos en materia de proceso penal. Se llegó a estructurar un texto que fue compartido por todos los que estuvieron en la Comisión y que, según algunos procesalistas que la integraban, tenía el "pecado original" de haber mantenido el procedimiento escrito en la medida en que había excesivos penalistas y muy pocos procesalistas.

Y todo esto sigue planteado hoy, en 1985.

El Código de Proceso Penal establece el proceso escrito, sin inmediatez en las decisiones sobre los hechos y con cierto tipo de reformas en lo accesorio. Sin embargo, mantiene la estructura principal del proceso. Todo esto en cuanto se refiere a lo sustancial del proceso.

En cuanto al contenido de la pena, los códigos modernos en materia penal han cambiado sustancialmente el esquema de la pena y han sustituido la privación de la libertad por otro tipo de castigo.

SEÑOR CAIROLI.- Efectivamente. Por ejemplo, en Alemania, el 85% de las penas está constituido por multas; en Francia es el 54% y en Inglaterra el 45%.

SEÑOR ABAL.- En otras legislaciones, como la de Estados Unidos, se aplica como pena, por ejemplo, el desarrollar una actividad específica en una oficina pública durante determinado tiempo.

SEÑOR BATALLA.- En países que siempre supusimos estaban a años luz de nuestro sistema jurídico, como en el Brasil, se ha establecido como un tipo de sanción penal, el trabajo obligatorio en los fines de semana.

Existe todo un esquema moderno en derecho procesal al que nosotros estamos de espaldas o que por lo menos nuestra legislación no ha analizado. Esto forma parte, naturalmente, de un entorno, de un problema más profundo que tendremos que encarar tarde o temprano. Ello podría hacerse a través de esta Comisión, o de una Comisión extraparlamentaria o bien por intermedio de los Institutos Técnicos de la Universidad de la República. Es evidente que en cierto sentido estamos tratando de resolver algunos puntos sin entrar a la médula del problema; creo que nuestra obligación es llegar hasta el centro mismo del asunto.

Comparto la filosofía que se ha seguido. Considero que es positivo lo que estamos haciendo al tratar de adecuar nuestro sistema a una concepción de libertad del hombre y a una estructura democrática que tenemos que respetar, fortalecer y profundizar.

SEÑOR AGUIRRE.- Iba a referirme al problema central del proyecto, pero luego de escuchar las reflexiones del señor Senador Batalla -que comparto totalmente- voy a hacer algunas manifestaciones, también en torno al tema de fondo en la materia penal, y más específicamente al del proceso penal.

Tal como lo ha expresado el señor Senador Batalla, creo -y estoy seguro de que todos los especialistas que están presentes deben compartir ese pensamiento- que el Código de Proceso Penal que sancionó por un Decreto-Ley el Consejo de Estado representó un progreso de orden técnico nada más que tomando como referencia lo que era un Código arcaico: el Código de Instrucción Criminal dictado hace un siglo y que ya en esa época podría haber sido considerado muy malo porque su desorden y las confusiones que se planteaban en cuanto a los institutos, lo hacían inaplicable, al punto de que en la práctica se debió seguir un proceso "sui generis" que no se adecuaba a lo establecido en dicho Código. A fines del siglo pasado, el doctor Vázquez Acevedo había

realizado un proyecto de código -que era muy superior- que nose sancionó por razones políticas ya que los que lo impulsaban estaban en absoluta minoría en el Parlamento.

En 1980 se sancionó un Código de Proceso Penal que se rige estrictamente por el proceso escrito y que incurre en errores -algunos de ellos han sido señalados y otros, discutidos-queson dignos de un análisis muy severo, como por ejemplo, el caso del procesamiento de oficio, que ha sido censurado por el doctor Abal, así como el hecho de que nuevamente se ha unificado en un solo magistrado la parte del proceso conocida como sumario yplenario. Es decir, el juez que juzga y prejuzga es el mismo que luego va a condenar. Desde el punto de vista técnico, esto resulta indefendible. Todo esto lleva a que por la naturaleza de la pena y del proceso, haya que cambiar la filosofía, tal como se ha hecho en otros códigos modernos. Pienso que debemos llegar a la convicción de que los problemas de fondo no son los referidos a la prisión preventiva,sino que se relacionan con toda la filosofía que impera en nuestro Código de Proceso Penal, la que debería ser cambiada.

Mientras acometemos una tarea como la modificación de un Código -que es algo extremadamente cuidadoso y para lo que debemos contar con una comisión de especialistas, magistrados, profesores y técnicos que son los que realmente tienen que redactar estos cuerpos- no podemos permitir que estos problemas que se arrastran desde hace mucho tiempo, sigan causando en la práctica todos estos perjuicios que la sociedad entera advierte. Por lo tanto -compartiendo las expresiones del señor Senador Batalla- me permito señalar que, en definitiva, uno de estos proyectos, de ser sancionado, representará un gran avance en una situación que hace mucho tiempo debería haber sido eliminada, como la de la prisión preventiva que se transforma en los hechos, en una pena que a veces es absolutamente injustificada porque luego podía tener lugar una sentencia absolutoria.

Luego de escuchar todas las exposiciones que aquí se han realizado, parecería haber consenso en cuanto a la conveniencia de sancionar uno de estos proyectos. Por haberse entrado a discutir alguno de los aspectos de detalle del proyecto que principalmente redactó el doctor Abal, considero que losespecialistas estarían de acuerdo en llegar a esa fórmula. En la exposición del doctor Cairoli -que a su condición de profesor une la de magistrado con experiencia práctica en estos temas- he advertido un calor bastante pronunciado en cuanto a defender esta salida.

Como hace un largo rato que estamos tratando estos temas y abusando del tiempo de nuestros invitados, me parece que sería prudente llegar a una definición en cuanto al problema central que trata el proyecto del señor Senador Ortiz y el artículo 3ª del proyecto del doctor Abal. Por ello, pregunto por cuál de estas fórmulas se inclinan los especialistas aquí presentes, dejando de lado, en principio, los demás aspectos técnicos del proyecto y el problema de la reparación del daño causado, lo que sería entrar en un mayor abundamiento.

SEÑOR PRESIDENTE.- Solamente resta agradecer la presencia de los señores invitados a esta sesión de la Comisión de Constitución y Legislación.

Antes de la próxima reunión, la versión taquigráfica de esta sesión estará a disposición de ustedes, lo cual les será de gran utilidad.

SEÑOR ABAL.- Los agradecidos somos nosotros, señor Presidente, por la deferencia que ha tenido esta Comisión al recibirnos.

Quedamos a sus órdenes.

SEÑOR RRESIDENTE.- Se levanta la sesión.

(Es la hora 17 y 4 minutos)